

Discurso do Presidente da Autoridade da Concorrência

Almoço do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência

4 de abril de 2014

Senhor Presidente do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência,

Minhas Senhoras e meus Senhores,

Gostaria de começar por agradecer à direção do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência o convite para estar presente neste almoço e partilhar com todos os presentes algumas reflexões sobre o procedimento de transação.

Esta iniciativa do CAPDC espelha bem o dinamismo da comunidade jurídica de concorrência em proporcionar espaços de reflexão conjunta sobre um dos temas de maior atualidade na aplicação do direito de concorrência em Portugal, o procedimento de transação.

Considerações introdutórias

Como todos sabem, uma das prioridades da Autoridade da Concorrência é o reforço da sua atuação em termos de *enforcement*. Não apenas no combate a cartéis, mas igualmente na investigação e sanção de outros tipos de práticas, como os abusos de posição dominante ou as restrições verticais.

Este reforço passa por uma melhor organização e uma gestão mais eficiente dos recursos disponíveis. Passa, igualmente, por uma maior capacidade de deteção e de investigação de práticas proibidas, pela dinamização do regime de clemência, pelo reforço da sua capacidade de atuação *ex-officio*, e pelo desenvolvimento das suas técnicas de investigação, recolha e análise de prova, como ferramentas de *IT Forensics*.

Do ponto de vista interno, a Autoridade da Concorrência deve continuamente procurar reforçar o seu sistema de *"checks and balances"*, com respeito pelos direitos de defesa dos visados, de forma a tornar as suas decisões mais sólidas. Do ponto de vista externo, a Autoridade da Concorrência tem de estar preparada para defender as suas decisões em tribunal.

A defesa da sua missão implica necessariamente que a Autoridade da Concorrência esteja preparada para a litigância.

Não obstante, diz a velha máxima: “Mais vale um mau acordo que uma boa demanda”.

No caso do procedimento de transação, a prossecução do interesse público obrigará a que se façam bons acordos.

Neste contexto, e perante o convite para estar hoje aqui presente, coloquei-me um conjunto de questões que gostaria de partilhar convosco e espero que em conjunto, hoje ou no futuro próximo, possamos responder às mesmas.

- 1) Há vantagens ou desvantagens para AdC e para as empresas em transigir num processo de práticas restritivas? Pode a transação contribuir para o cumprimento da missão da AdC em termos de enforcement?
- 2) Em que circunstâncias e em que momento do procedimento fará mais sentido o recurso à transação?
- 3) Como deve articular-se o procedimento de transação com o instituto da clemência?
- 4) Qual o nível de descontos a aplicar em cada caso?

O procedimento de transação é uma novidade introduzida pelo novo Regime Jurídico da Concorrência (RJC) e não existe ainda experiência relevante na sua aplicação. Em todo o caso, o documento de Prioridades da Autoridade da Concorrência para 2014 estabelece claramente como prioritária uma maior aplicação dos institutos da transação e do arquivamento com imposição de condições.

Diferentemente do procedimento de transação previsto no regime da Comissão Europeia, que limita a sua aplicação aos casos de cartéis, em Portugal, a lei da concorrência prevê que a transação se possa aplicar a qualquer processo contraordenacional que tenha por objeto qualquer uma das infrações previstas na lei da concorrência e nos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU).

Um dos pressupostos da transação é a confissão dos factos e o reconhecimento, pela empresa visada, da responsabilidade na infração em causa. Sem estes pressupostos cumpridos, não há lugar a transação. Como contrapartida, o visado no processo recebe uma redução da coima face à coima que a AdC determinaria se a investigação prosseguisse o seu curso normal.

A transação, iniciada numa base voluntária e sob estrita confidencialidade, tem como objetivo essencial permitir a simplificação e celeridade processuais, bem como reduzir a

litigância. É, assim, sobretudo, um instrumento ao serviço da eficiência processual (o artigo 22.º, n.º 5 do RJC refere-se a “ganhos processuais”), otimizando, em termos mais gerais a aplicação do direito da concorrência.

1) Há vantagens ou desvantagens para AdC e para as empresas em transigir num processo de práticas restritivas? Pode a transação contribuir para o cumprimento da missão da AdC em termos de enforcement?

O procedimento de transação envolve vantagens claras para as empresas, para a AdC e para o interesse público na promoção e defesa da concorrência.

Para as **empresas**, a transação, para além da vantagem mais evidente que consiste na redução da coima que de outra forma lhes seria aplicável, pode representar uma considerável poupança de tempo e de dinheiro que em circunstâncias normais seriam despendidos com a defesa do processo.

Tal pode ser acompanhado de uma menor exposição mediática e conseqüente diminuição dos custos de reputação, uma vez que o processo decorre durante um período de tempo mais reduzido. Por outro lado, a própria decisão da AdC será menos desenvolvida ou detalhada relativamente ao que ocorreria com uma decisão emitida no âmbito de um procedimento normal.

Devo ainda realçar que o procedimento de transação é iniciado numa base voluntária e sob estrita confidencialidade. Além disso, se o visado não confirmar a minuta de transação elaborada pela AdC, a proposta de transação é considerada revogada e perde o seu valor probatório.

Também para a **AdC** há significativas vantagens na simplificação processual inerente ao procedimento de transação: os casos são decididos mais depressa e envolvendo menor complexidade processual e não há recurso judicial dos factos confessados (e uma muito menor impugnação judicial em termos gerais). A transação permite canalizar recursos para outras investigações, assim aumentando a eficácia da sua atuação.

A maior eficácia de atuação da AdC traduz-se, necessariamente, num benefício para o **interesse geral na promoção e defesa da concorrência**. De facto, além dos efeitos imediatos decorrentes da cessação e punição de práticas restritivas da concorrência, reforça o efeito dissuasor, de prevenção geral, do regime sancionatório, o que por sua vez gera mais investigações e condenações.

O próprio programa de clemência pode sair reforçado ao beneficiar do efeito dissuasor provocado por um número crescente de transações. Em suma, a transação contribui para um círculo virtuoso de aplicação do direito da concorrência.

2) Em que circunstâncias e em que momento do procedimento fará mais sentido o recurso à transação?

A decisão da AdC de iniciar um procedimento de transação será orientada por critérios de oportunidade, guiados pelos objetivos do procedimento de transação e pelos interesses que de uma forma geral compete à AdC acautelar.

A transação é, sobretudo, um instrumento ao serviço da eficiência processual. A própria letra da lei refere o objetivo de serem alcançados “ganhos processuais”. (artigo 22.º, n.º 5 do RJC).

Por outro lado, a lei da concorrência não limita o momento no qual o procedimento de transação pode ser iniciado durante o processo. Tal pode ocorrer na fase de inquérito ou de instrução.

Sem prejuízo de a transação poder ter lugar a todo o tempo, parece provável que, nesta primeira fase de implementação do instituto da transação, quer a AdC quer as empresas tendam a privilegiar o recurso à transação na fase de instrução. Nesta fase, o conhecimento dos factos e da infração estará mais amadurecido, permitindo por isso identificar de modo mais claro as vantagens da transação.

Nada prejudica, no entanto, a possibilidade de a transação poder ocorrer em momento anterior, sempre que a AdC já esteja na posse de elementos suficientes que lhe permitam um juízo sólido sobre os factos e a infração.

Existindo mais do que um visado no processo, nem sempre é garantido que todos pretendam recorrer ao instituto da transação ou que se obtenha um entendimento quanto aos termos da transação. Não há dúvida de que uma transação envolvendo todas as partes é a solução que melhor serviria os objetivos da eficiência processual e será seguramente a solução que a AdC privilegiará.

3) Como deve articular-se o procedimento de transação com o instituto da clemência?

O programa de clemência e o procedimento de transação são instrumentos complementares na otimização da aplicação do direito da concorrência, embora com objetivos imediatos diferentes.

A clemência é um instrumento de investigação, em que as partes são recompensadas por divulgarem a existência de um cartel e fornecerem prova sobre o mesmo. Por seu lado, a transação proporciona uma forma mais rápida e eficiente de finalizar um procedimento administrativo, não visando a recolha de prova.

A redução de coima obtida por um requerente de clemência pode ser cumulada com o desconto que resulte do procedimento de transação. É importante, por isso, que a transação não prejudique o programa de clemência e que se encontre um equilíbrio na conjugação entre os dois procedimentos.

Por um lado, os descontos concedidos na transação não deverão desincentivar as empresas de submeter pedidos de clemência. Um desconto por transação que, cumulado com a redução da coima em caso de clemência, se aproximasse da isenção concedida ao primeiro requerente de clemência, poderia criar a convicção no mercado de que seria preferível não ser o primeiro requerente de clemência.

Por outro lado, atribuir um desconto por transação equivalente à redução de coima que obteria um requerente de clemência dificilmente seria proporcional face à importância do requerente de clemência para a obtenção de prova e a realização da investigação, através da sua colaboração.

A necessidade deste equilíbrio implica que a transação em casos suscetíveis de envolver clemência seja tratada de forma distinta da transação nos demais casos de práticas proibidas. Exige-se, nestes casos, um maior cuidado na determinação do nível de descontos.

Finalmente, não se ignora que o sucesso da transação residirá também na capacidade do procedimento ser suficientemente atrativo para as empresas.

4) Qual o nível de descontos a aplicar em cada caso?

A Comissão Europeia optou por fixar em 10% o montante de redução da coima nos processos de transação. Já em Portugal, a lei da concorrência permite que a AdC determine de forma livre o montante adequado de desconto a aplicar em cada procedimento de transação.

Em cada procedimento de transação, e de um modo casuístico, deverá encontrar-se um equilíbrio entre os objetivos da AdC e os interesses das empresas em transigir. É natural que, pela vasta experiência da Comissão Europeia no que se refere a casos de cartel, o patamar de 10% possa servir como uma primeira referência para os procedimentos de transação. Não obstante, este valor de referência não pode ser encarado como um limite, em função das circunstâncias concretas de cada caso.

Na determinação do montante de redução da coima devem ser tidas em conta as circunstâncias específicas do caso concreto. Desde logo, o tipo de infração em causa e os ganhos de eficiência processual resultantes da transação. Atendendo à finalidade da transação, dir-se-á que quanto maior o esforço de investigação evitado, maior será, em princípio, o benefício que a AdC poderá obter com a transação, o que não deixará de influenciar o montante da redução da coima.

Notas Finais

Para finalizar, diria que o mais importante nesta fase é ganharmos experiência na aplicação do regime de transação. As soluções encontradas pelo legislador parecem adequadas e suficientemente flexíveis para se ajustarem ao caso concreto. Seguramente que, pela novidade, surgirão dúvidas na aplicação das regras previstas, dúvidas essas que rapidamente se dissiparão com a experiência.

Apraz-me registar o interesse dos advogados de concorrência por esta matéria. Espero que este interesse também se traduza, na prática, no interesse das empresas que representam em transigir, com a garantia de que na Autoridade da Concorrência encontrarão sempre a disponibilidade para discutir as propostas que entendam apresentar e para chegar a um bom acordo em prol da defesa da concorrência.

António Ferreira Gomes